

---

## S 2 RJ 177/99

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Sozialgericht Augsburg
Sachgebiet	Rentenversicherung
Abteilung	2
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 2 RJ 177/99
Datum	25.02.2003

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 5 KR 115/03
Datum	21.12.2004

#### 3. Instanz

Datum	-
-------	---

I. Die Klage gegen den Bescheid vom 2. Oktober 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 24. Februar 1999 wird abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist die Feststellung der Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1 im Zeitraum vom 01.01.1994 bis 31.12.1997, hilfsweise eine Schadensersatzforderung in Höhe von 50.311,12 Euro.

Die Beklagte führte am 30.04.1998 eine Betriebsprüfung gemäß [§ 28 p Abs. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) durch. Dabei wurde u. a. die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1 festgestellt und mit Bescheid vom 02.10.1998 eine Beitragsforderung in Höhe von 50.311,12 Euro (= 98.400,00 DM) erhoben. Der hiergegen gerichtete Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 24.02.1999 zurückgewiesen, nachdem der Beigeladene zu 1 als Beteiligter hinzugezogen worden war. Die geforderten Beiträge wurden in Raten nachentrichtet.

---

Die Klägerin hat am 15.03.1999 Klage beim Sozialgericht Augsburg erhoben. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass der Beigeladene zu 1 kein versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sei. Als Geschäftsführer sei er nicht in den Betrieb der GmbH eingegliedert und hinsichtlich Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung keinen Weisungen unterlegen. Er habe die Tätigkeiten häufig zu Hause oder im Büro des Steuerberaters, häufig auch zu Zeiten, die außerhalb der normalen Geschäftszeiten lagen, erledigt. Der Beigeladene zu 1 habe keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, Urlaub und Feiertagsvergütung gehabt. Er sei bezüglich der weiteren Mitarbeiter der Klägerin weisungsbefugt, ohne hier an die Maßgaben des Alleingeschafters gebunden zu sein. Er habe von Beginn an keinerlei fremdbestimmte, sondern ausschließlich autonome Arbeiten geleistet. Er sei daher als weisungsfrei anzusehen. Entgegen den Darstellungen im Geschäftsführervertrag sei der Beigeladene zu 1 nicht an Weisungen des Gesellschafters gebunden gewesen. Er sei nicht verpflichtet gewesen, seine gesamte Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Er habe während seiner Tätigkeit für die Klägerin auch für andere Unternehmen der gleichen Branche gearbeitet. Er habe für die Jahre 1995, 1996 und 1997 eine Tantieme erhalten, die vom jeweiligen Jahresüberschuss abhängig war. Außerdem hat die Klägerin einen Beratungsfehler durch die DAK bezüglich der Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1 geltend gemacht.

Der Bevollmächtigte der Klägerin beantragt,

den Bescheid vom 02.10.1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 24.02.1999 abzuändern und festzustellen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 als Geschäftsführer für die Klägerin nicht versicherungspflichtig ist, hilfsweise Schadensersatz in Höhe von 50.311,12 Euro (= 98.400,00 DM) zu leisten.

Der Kläger der Beklagten beantragt

Klageabweisung. Als Geschäftsführer der GmbH, der nicht gleichzeitig Gesellschafter sei, trage der Beigeladene zu 1 kein Unternehmerrisiko. Die Anteile der GmbH lägen zu 100 % bei K. M. ... Der Beigeladene zu 1 erhalte ein Gehalt unabhängig von der Ertragslage der Klägerin, nämlich 10.000,00 DM monatlich, das 250 Arbeitsstunden abdeckt, sowie eine Vergütung von darüber hinaus anfallenden Arbeitsstunden von 40,00 DM pro Stunde. Er sei zwar keinen Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterworfen. Dies allein sei jedoch kein Indiz für Versicherungsfreiheit. Gerade bei Diensten höherer Art folge aus der Arbeitsleistung selbst die weitgehende Unabhängigkeit der Arbeitnehmer von direkten Weisungen. Der Beigeladene zu 1 habe die Geschäftsführertätigkeit im Einvernehmen mit dem Alleingeschafter ausgeübt. Es komme nicht darauf an, ob der Alleingeschafter von seiner Überwachungsbefugnis gegenüber dem Beigeladenen zu 1 Gebrauch gemacht habe. Die fehlende Lohnfortzahlungs-, Urlaubsanspruchs- und Feiertagsvergütungsregelung sei lediglich ein Indiz für selbständige Beschäftigung. Insgesamt überwögen die Umstände, die Sozialversicherungspflicht auslösten.

Zur Aufklärung des Sachverhalts hat das Gericht den Alleingeschafter K. M., als

---

er noch nicht Geschäftsführer der Klägerin war, als Zeuge vernommen. Dieser hat erklärt, dass er den Beigeladenen zu 1 keine Weisungen erteilt habe. Die Rechtslage im Rahmen des Geschäftsführervertrages sei vorab mit der DAK abgesprochen worden, da der Beigeladene zu 1 als freier Mitarbeiter für die Klägerin tätig sein sollte. Zum weiteren Ergebnis der Zeugenvernehmung wird auf die Niederschrift des Erörterungstermins vom 13.12.2000 Bezug genommen. Außerdem hat das Gericht den Steuerberater S. P. sowie A. F. als Zeugen vernommen. Der Zeuge S. P. hat erklärt, dass er den Geschäftsführervertrag mit A. F. von der DAK abgestimmt habe. Telefonisch sei ihm mitgeteilt worden, dass nach diesem Vertrag keine Versicherungspflicht für den Beigeladenen zu 1 bestehe. Der Zeuge A. F. hat ausgesagt, dass für ihn aufgrund seiner langjährigen Erfahrung als Versichertenberater der BfA eindeutig feststand, dass keine Versicherungspflicht bestehe. So habe er sich auch gegenüber dem Steuerberater P. geäußert. Ihm sei das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 22.08.1973, Az.: [12 RK 24/72](#), bekannt gewesen, jedoch sei er der Auffassung gewesen, dass es sich im vorliegenden Fall um einen abweichenden Sachverhalt handle und das Urteil deswegen nicht einschlägig sei. Zum weiteren Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift der nichtöffentlichen Sitzung vom 27.08.2002 Bezug genommen.

Bezüglich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Klageakte und der Akten der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 87, 90, 92](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht erhobene Klage ist nicht begründet. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig. Der Beigeladene zu 1 war in der Zeit vom 01.01.1994 bis 31.12.1997 bei der Klägerin abhängig beschäftigt. Ein Schadensersatzanspruch besteht nach den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches nicht.

Vom 01.01.1994 bis 31.12.1997 unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unabhängig von der Höhe des Entgelts der Versicherungs- und Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch – SGB VI -, § 168 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes – AFG – in der bis zum 31.12.1997 geltenden Fassung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) in seiner bis zum 31.12.1997 geltenden Fassung. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Allerdings kann dies – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerisiko, das Vorhandensein einer eigenen

---

Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (vgl. Urteil des BSG vom 25.01.2001, Az.: [B 12 KR 17/00 R](#)).

Das BSG hat diese Grundsätze in ständiger Rechtsprechung auch bei Organen juristischer Personen angewandt. Auch insoweit ist entscheidend, ob sie von der Gesellschaft persönlich abhängig sind. Bei den Organen juristischer Personen, zu denen auch Geschäftsführer einer GmbH gehören, ist abhängige Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil sie arbeitsrechtlich nicht als Arbeitnehmer der Gesellschaft gelten. Ebenso wenig steht der Zugehörigkeit von Geschäftsführern oder Vorständen einer juristischen Person zu ihren Beschäftigten entgegen, dass sie im Verhältnis zu sonstigen Arbeitnehmern Arbeitgeberfunktion wahrnehmen und sie in der Regel keinen Weisungen Dritter bezüglich Zeit, Art und Ort ihrer Arbeitsleistung unterliegen. Nur in besonderen Ausnahmefällen hat der Gesetzgeber derartige Personen vom Kreis der Beschäftigten oder der Versicherungspflichtigen ausgenommen. Dies ist für die Vorstände von Aktiengesellschaften geschehen, die kraft besonderer gesetzlicher Regelungen in der Rentenversicherung nicht versicherungspflichtig sind. Dieser Regelungen bedürfte es nicht, wenn leitende Angestellte oder Organe juristischer Personen bereits aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen nicht als Beschäftigte anzusehen wären. Vielmehr bestätigen die Ausnahmenvorschriften, dass auch die geschäftsführenden Organe juristischer Personen, im Regelfall abhängig beschäftigt sind, wenn sie an deren Kapital nicht beteiligt sind (Fremdgeschäftsführer). Das BSG hat demgemäß bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen. Es hatte sie bei diesem Personenkreis nur unter besonderen Umständen verneint, insbesondere bei Geschäftsführern, die mit den Gesellschaftern familiär verbunden waren und die Geschäfte faktisch wie Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führten (vgl. Urteil des BSG vom 18.12.2001, Az.: [B 12 KR 10/01 R](#)).

Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Beigeladene zu 1 seine Tätigkeiten für die Klägerin in persönlicher Abhängigkeit erbracht. Er ist als Arbeitnehmer in der Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungs- und beitragspflichtig.

Der Beigeladene zu 1 trug kein Unternehmerrisiko. Er erhielt monatlich ein vom Betriebsergebnis unabhängiges Gehalt in Höhe von 10.000,00 DM für 250 Arbeitsstunden. Fielen Mehrstunden an, so wurden diese jeweils mit 40,00 DM in der Stunde abgegolten. Außerdem war er nicht Gesellschafter der Klägerin. Alleingesellschafter war vielmehr K. M ... Der Beigeladene zu 1 erhielt zwar von 1994 bis 1997 eine vom Betriebsergebnis abhängige Tantieme. Die Höhe wurde bislang nicht beziffert. Zu Recht wendet die Beklagte ein, dass es bei leitenden Angestellten durchaus üblich ist, dass das Gehalt aus einem fixen und einem variablen Bestandteil besteht. Die Zahlung der Tantiemen ändert nichts daran, dass der Beigeladene zu 1 im Wesentlichen kein Unternehmerrisiko trug. Bei negativem Betriebsergebnis wäre die Tantieme höchstens gleich null gewesen. Der Kläger

---

hätte nicht für etwaige Betriebsverluste eintreten müssen. Im Hinblick auf das monatliche Festgehalt sind die Tantiemen nicht dem Wagniskapital eines Unternehmers gleichzusetzen, sondern Ausdruck einer auch bei Arbeitnehmern verbreiteten leistungsorientierten Vergütung. Die Gefahr, Arbeitskraft ohne Gegenleistung einsetzen zu müssen, bestand für den Beigeladenen zu 1 nicht.

Die persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1 ist durch die Eingliederung in den Betrieb gekennzeichnet. Allein aus der weisungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit lässt sich eine selbständige versicherungsfreie Tätigkeit nicht herleiten. Gerade bei Diensten höherer Art folgt oft bereits aus der Arbeitsleistung selbst die weitgehende Unabhängigkeit der Arbeitnehmer von direkten Weisungen. In solchen Fällen tritt an die Stelle der Weisungsgebundenheit die funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess (vgl. Urteil des BSG vom 22.08.1973, Az.: [12 RK 24/72](#)).

Der Beigeladene zu 1 hat vom Alleingesellschafter keine Weisungen erhalten. Er hat Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung im Wesentlichen selbst bestimmt. Nach § 1 des Geschäftsführervertrages oblag dem Beigeladenen zu 1 als Geschäftsführer die selbständige und eigenverantwortliche Tätigkeit der Firma. Er war für Büro, Lager und Verkaufstätigkeiten zuständig, kontrollierte den Geschäftsablauf und die Mitarbeiter. Somit verrichtete er Dienste höherer Art. Seine Eingliederung in den Betrieb zeigt sich jedoch darin, dass er als Geschäftsführer der Klägerin die Beschlüsse der Gesellschafter gemäß [§ 37 Abs. 1 GmbHG](#) zu beachten hatte. Außerdem unterlag er nach [§ 46 Nr. 6 GmbHG](#) der Prüfung und Überwachung durch den Alleingesellschafter. Dieses Recht zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung wurde im Gesellschaftervertrag nicht eingeschränkt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob dieses Recht tatsächlich ausgeübt wird. Im Alltagsgeschäft der Klägerin war der Beigeladene zu 1 weitgehend weisungsfrei. Die Unternehmenspolitik wurde jedoch von der Gesellschaft und damit vom Alleingesellschafter bestimmt. Denn nach § 3 des Gesellschaftervertrages oblag es der Gesellschaft, alle Geschäfte vorzunehmen und jede Tätigkeit auszuüben, die dem Gesellschafterzweck mittelbar oder unmittelbar dienen oder ihn förderten, insbesondere Zweigniederlassungen zu errichten und andere Unternehmungen gleicher oder verwandter Art zu errichten, betreiben oder sich an solchen in irgend einer Form zu beteiligen.

Das Fehlen eines Lohnfortzahlungs- und Urlaubsanspruches und die Nichtzahlung von Feiertagsvergütungen sind ebenso wie das Tätigwerden für mehrere Auftraggeber Indizien für eine selbständige Tätigkeit.

Nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung überwiegen im vorliegenden Fall die Merkmale der abhängigen Beschäftigung die der selbständigen Beschäftigung insbesondere deswegen, weil der Beigeladene zu 1 kein Unternehmerrisiko trägt und durch die Eingliederung in den Betrieb persönlich abhängig war.

Auch im Hilfsantrag ist die Klage nicht begründet. Die Klägerin kann nicht auf der Grundlage eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruches die Zahlung von Schadensersatz in Höhe der geleisteten Beiträge von 98.400,00 DM verlangen.

---

Dabei kann es im Ergebnis offen bleiben, ob durch die DAK eine fehlerhafte Beratung erfolgt ist.

Ziel des von der Rechtsprechung entwickelten Herstellungsanspruches ist die Vornahme einer Amtshandlung zur Herbeiführung derjenigen Rechtsfolge, die eingetreten wäre, wenn sich der Leistungsträger rechtmäßig verhalten hätte (vgl. Seewald in: KassKomm, vor [§ 38 SGB I](#) RdNr 43). Voraussetzung dieses Anspruches ist eine Pflichtverletzung eines Leistungsträgers, die zu einem rechtlichen Schaden in Form des Ausbleibens von Vorteilen, insbesondere von Anwartschaften, Ansprüchen, Leistungen geführt haben, die an sich im Sozialrecht vorgesehen sind und insbesondere den betroffenen Bürger zu Gute kommen sollen. Der Anspruch geht auf Herstellung des Zustandes, der eingetreten wäre, wenn die Verwaltung sich nicht rechtswidrig verhalten hätte. Gewährt wird grundsätzlich nur Naturalrestitution. Grenzen des Herstellungsanspruches ergeben sich in inhaltlicher Hinsicht daraus, dass rechtswidrige Amtshandlungen nicht verlangt werden können. Die Verwaltung darf also nur die für das betreffende Sozialrechtsverhältnis vorgesehenen Leistungen gewähren (vgl. Seewald aaO RdNr 48). Das Rechtsinstitut des Herstellungsanspruches kommt nur in den Fällen zum Tragen, in denen der durch das pflichtwidrige Verwaltungshandeln eingetretene Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden kann. Dagegen bleibt für seine Anwendungen in solchen Fällen kein Raum, in denen ein Nachteilsausgleich auf gesetzwidriges Handeln des Leistungsträgers hinauslaufen würde. Hintergrund dieser von der Rechtsprechung angenommenen Differenzierung zwischen ersetzbaren und nicht ersetzbaren Voraussetzungen ist das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieses lässt es nicht zu, dass die Verwaltung gesetzwidrig handelt, selbst wenn sie zuvor eine falsche Auskunft oder Beratung erteilt hat. Demgemäß lässt sich mit Hilfe des Herstellungsanspruches ein Fehlverhalten des Leistungsträgers nur insoweit berichtigen, als die Korrektur mit dem jeweiligen Gesetzeszweck in Einklang steht. Das kann u. a. bei verspäteter Vorlage von Unterlagen der Fall sein, wenn die Verspätung auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Leistungsträgers beruht. Dagegen kann im Wege des Herstellungsanspruches weder eine in die Lohnsteuerkarte eingetragene Lohnsteuerklasse durch eine günstigere Steuerklasse noch ein tatsächlich erzielttes niedriges Arbeitsentgelt durch ein höheres ersetzt werden. Ebenso wenig lassen sich für den Winterbau unzureichend getroffene Schutzvorkehrungen als ausreichend behandeln. Das Gleiche gilt für eine fehlende Arbeitslosmeldung, fehlende Eingliederungschancen, fehlende rechtzeitige Anzeige des Arbeitsausfalls sowie ein Ausscheiden aus einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor Vollendung des 55. Lebensjahres (vgl. [BSGE 76, 84](#), 90 ff; [58, 104](#), 109). Im Wege des Herstellungsanspruches kann nur eine Amtshandlung begehrt werden, die nicht nur nach ihrer Bezeichnung, sondern auch nach ihrer wesentlichen Struktur im Gesetz vorgesehen ist. Die Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch hat sicherzustellen, dass der Herstellungsanspruch keine verkappte Verurteilung zum Schadensersatz in Geld ermöglicht. Der Herstellungsanspruch soll als Institut des Verwaltungsrechts eine Lücke im Schadensersatzrecht schließen. Dem Geschädigten ist in der Regel mit der Herstellung des bei pflichtgemäßem Verhalten des Leistungsträgers bestehenden Zustandes im Sinne einer Naturalrestitution besser gedient, als mit Schadensersatz in Geld (vgl. [BSGE 55, 261](#), 263).

---

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist ein Verzicht bzw. eine Rückzahlung der nachgeforderten Beiträge nicht möglich. Denn der Gesellschaftsvertrag der Klägerin kann rückwirkend nicht so verändert werden, dass der Geschäftsführer der GmbH Mitgesellschafter für den streitigen Beitragszeitraum wird. Dies wäre jedoch eine der notwendigen Voraussetzungen für die Anerkennung einer selbständigen Tätigkeit. Die konkrete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages hat Tatbestandswirkung, die nicht im Wege einer Fiktion ungeschehen gemacht werden kann. Sie ist der Gestaltung durch Verwaltungshandeln der Beklagten nicht zugänglich. Ein Verzicht auf die Nachforderung bzw. die Rückerstattung der Sozialversicherungsbeiträge würde ein rechtswidriges Verwaltungshandeln bedeuten, das die Klägerin gegenüber anderen vergleichbaren GmbH-Gesellschaften mit einem Fremdgeschäftsführer ohne sachlichen Grund besserstellen würde.

Weder das Arbeitsförderungsgesetz bzw. das Dritte Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) noch das SGB VI sehen als Leistungen Schadensersatzansprüche vor. Als Anspruchsgrundlage kommt lediglich ein Amtshaftungsanspruch nach [§ 839](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) in Verbindung mit [Art. 34 des Grundgesetzes \(GG\)](#) in Betracht, der nach [§ 40 Abs. 2](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist. Einen Verweisungsantrag hat die Klägerin jedoch nicht gestellt.

Nach alledem war die Klage als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach [§ 193 SGG](#).

Erstellt am: 21.02.2006

Zuletzt verändert am: 21.02.2006